

Voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz

TRA 2016/68

Het afgelopen jaar is in de literatuur stevig gedebatteerd over de vraag of voorwaardelijke ontbinding onder het nieuwe ontslagrecht nog mogelijk is. Inmiddels is de nodige rechtspraak verschenen over dit onderwerp. De auteurs gaan in deze bijdrage in op de verschillende varianten van voorwaardelijke ontbinding onder het nieuwe recht en bespreken de opvattingen in de tot 1 mei 2016 gewezen jurisprudentie met betrekking tot de mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding. Ten slotte wordt een aanbeveling gedaan voor de formulering van het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding zolang de Hoge Raad nog geen duidelijke lijnen heeft uitgezet met betrekking tot de voorwaardelijke ontbinding onder het nieuwe ontslagrecht.

1. Inleiding

Naar aanleiding van de inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht per 1 juli 2015, is in de literatuur stevig gedebatteerd over de vraag of nog steeds een voorwaardelijke ontbinding mogelijk is. Sommige auteurs, zoals Barentsen en Sagel, nemen het standpunt in dat voor de voorwaardelijke ontbinding geen rol meer is weggelegd in het nieuwe ontslagrecht.² Anderen, zoals Jansen en Van der Kind, veronderstellen dat er weinig zal veranderen met betrekking tot de oude praktijk van de voorwaardelijke ontbinding.³ In een eerdere publicatie hebben wij een genuanceerd standpunt ingenomen. Wij betoogden dat de voorwaardelijke ontbinding nog steeds van betekenis is met het oog op een eventuele vernietiging van de opzegging, bijvoorbeeld indien de werkgever in het kader van een ontslag op staande voet de onverwijldheidseis niet in acht heeft genomen of andere feiten voor ontbinding aanvoert dan voor het ontslag op staande voet. Een voorwaardelijke ontbinding met het oog op een mogelijke herstelveroordeling in hoger beroep zouden wij niét als mogelijkheid willen aanvaarden.⁴

Inmiddels zijn we ruim negen maanden verder en is er de nodige jurisprudentie verschenen over de voorwaardelijke ontbinding. Tijd om de balans op te maken. Welke lijnen vinden we terug in de tot 1 mei 2016 verschenen rechtspraak? In de hiernavolgende bespreking onderscheiden we verschillende situaties. Allereerst komt de voorwaardelijke ontbinding in zogenoemde overgangssituaties aan de orde (paragraaf 3), dat wil zeggen, de opzegging van de arbeidsovereenkomst heeft onder oud recht plaatsgevonden, terwijl het voorwaardelijk ontbindingsverzoek onder het nieuwe recht is gedaan. Vervolgens bespreken wij de situatie waarin zowel de opzegging als het voorwaardelijk ontbindingsverzoek onder het nieuwe recht hebben plaatsgevonden (paragraaf 4). Daarna wordt kort stilgestaan bij de beschikking van de Kantonrechter Enschede tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad over de (on)mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding onder het nieuwe recht (paragraaf 5). Wij sluiten af met een conclusie en een aanbeveling voor de formulering van het tegenverzoek van de werkgever tot ontbinding in de door de werknemer geïnitieerde vernietigingsprocedure (paragraaf 6). Alvorens op de jurisprudentie in te gaan, bespreken wij kort het rechtskarakter van de voorwaardelijke ontbinding (paragraaf 2).

2. Rechtskarakter voorwaardelijke ontbinding

Sagel heeft in 2002 betoogd dat de ontbindingsvariant waarbij ontbinding wordt verzocht 'voor zover de arbeidsovereenkomst niet reeds is geëindigd', geen echte voorwaardelijke ontbinding is.⁵ Een ontbinding is namelijk pas voorwaardelijk wanneer haar werking afhankelijk is gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis (art. 6:21 BW). Daarvan was onder het oude ontslagrecht geen sprake, aangezien de werking afhankelijk was gesteld van een eerder door de werknemer terecht gedaan beroep op de nietigheid van de opzegging.⁶ Dat gaat voor het nieuwe ontslagrecht niet meer op. De werknemer kan de nietigheid van de opzegging niet meer buiten rechte inroepen. Onder het nieuwe recht wordt de vernietiging van de opzegging bewerkstelligd door de rechterlijke uitspraak (art. 7:681 BW). De rechterlijke vernietiging werkt wel terug tot het moment waartegen de arbeidsovereenkomst is opgezegd.⁷ Wordt onder het nieuwe recht een ontbinding uitgesproken 'voor zover de arbeidsovereenkomst nog blijkt te bestaan' of 'voor zover de opzegging wordt vernietigd', dan is deze wel degelijk afhankelijk gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis, namelijk het rechterlijk oordeel in de vernietigingsprocedure.

1 Vivian Bij de Vaate en Willem Bouwens zijn als resp. universitair docent arbeidsrecht en hoogleraar sociaal recht verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

2 B. Barentsen & S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2015/1784. Zie ook G.C. Boot e.a., *Arbeidsprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 85; E. Verhulst, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, art. 671b BW, aant. 5 en P. Kruit, annotatie bij: Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1116, AR 2016/0167.

3 P.J. Jansen, 'Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?', *TAP* 2015/2 en O. van der Kind, 'Ontslag op staande voet onder de Wwz', *AR* 2014/58.

4 W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *Academie voor Arbeidsrecht* april 2015. Zie ook P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 56 en D.N.C. Dooleage & J.P. Quist, 'De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?', *TAP* 2016/3.

5 S.F. Sagel, 'Bijzondere ontbindingen: voor zo ver vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n). Deel 1: De ontbinding voor zo ver vereist', *AR* 2002/24.

6 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2417, *JAR* 1997/215 (*De Bode/De Hollandsche IJssel*).

7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 26.

Van de voorwaardelijke ontbinding moet onder het nieuwe recht worden onderscheiden, het voorwaardelijke verzoek tot (onvoorwaardelijke) ontbinding. In dat geval is niet de ontbinding maar het verzoek daartoe afhankelijk gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis. De rechter komt pas aan een beoordeling van het verzoek toe op het moment dat de toekomstige onzekere gebeurtenis – de vernietiging van de arbeidsovereenkomst – heeft plaatsgevonden. We gaan hierna uitgebreid in op dit onderscheid.

3. Overgangssituaties

De eerste rechtspraak met betrekking tot de voorwaardelijke ontbinding onder het nieuwe ontslagrecht had betrekking op een verzoek gedaan na 1 juli 2015, terwijl het ontslag op staande voet onder het oude recht was gegeven. Afgezien van wat discussie over de vraag welk recht nu van toepassing was op een dergelijk verzoek tot voorwaardelijke ontbinding⁸, werd zonder veel omhaal van woorden aangenomen dat de oude praktijk van voorwaardelijke ontbinding onder het nieuwe art. 7:671b lid 1 BW kon worden voortgezet. Een enkele rechter besteedde zelfs geen aandacht aan die vraag.⁹ Kwam die vraag wel uitdrukkelijk aan de orde, dan werd stevast geoordeeld dat het enkele feit dat onder het nieuwe ontslagrecht ook tegen de ontbindingsbeschikking hoger beroep en cassatie aangetekend kan worden niet in de weg staat aan de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbindingsbeschikking.¹⁰ Deze lijn is in februari 2016 bevestigd door het Hof Arnhem-Leeuwarden.¹¹ Volgens het hof duurt het weliswaar vanwege de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie langer voordat zekerheid wordt verkregen over de voorwaardelijke ontbinding, maar is dat onvoldoende om ten aanzien van de mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding met toepassing van art. 7:671b lid 1 BW tot een ander oordeel te komen dan de oude praktijk onder art. 7:685 BW in de situatie van een naar oud recht te beoordelen ontslag op staande voet.

4. Varianten van voorwaardelijke ontbinding onder het nieuwe recht

Onder het nieuwe ontslagrecht moet de werknemer binnen twee maanden na de opzegging aan de kantonrechter een verzoek doen tot vernietiging (art. 7:681 BW jo. art. 7:686a lid 4 BW). Nu alle ontslagprocedures op grond van afdeling

9, titel 10, Boek 7 BW onder het nieuwe recht worden ingeleid met een verzoekschrift (art. 7:686a lid 2 BW), kan de werkgever in zijn verzoekschrift een zelfstandig tegenverzoek doen tot voorwaardelijke ontbinding (art. 282 lid 4 Rv). We moeten dan verschillende situaties onderscheiden:

1. De rechter doet het vernietigingsverzoek en het tegenverzoek gelijktijdig af.
2. De rechter oordeelt eerder over het tegenverzoek dan over het verzoek tot vernietiging van de opzegging.

In het hiernavolgende worden beide situaties en de verschillende varianten die zich daarbinnen kunnen voordoen besproken.

4.1 Gelijktijdige afdoening

In ruiter de meeste gepubliceerde ontbindingsbeschikkingen doet de rechter gelijktijdig uitspraak over het vernietigingsverzoek en het tegenverzoek tot ontbinding. In dat geval zijn twee varianten mogelijk: (a) de rechter wijst de vernietiging van de opzegging toe; of (b) de rechter wijst de vernietiging af.

4.1.1 De rechter wijst het verzoek tot vernietiging van de opzegging toe

Indien de kantonrechter de werknemer in het gelijk stelt en de opzegging vernietigt, is een voorwaardelijke ontbinding niet meer aan de orde. Door de vernietiging van de opzegging herleeft de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht. Op het moment dat op het tegenverzoek tot ontbinding wordt beslist, staat vast dat de arbeidsovereenkomst nog bestaat. De kantonrechter kan alleen nog *onvoorwaardelijk* ontbinden.¹² Het betreft in deze gevallen dus eigenlijk een voorwaardelijk verzoek, namelijk voor het geval de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wordt vernietigd, tot (onvoorwaardelijke) ontbinding. Weliswaar kan de werkgever in hoger beroep gaan tegen de vernietiging van de opzegging, maar dat kan niet leiden tot het alsnog beëindigen van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht. Komt de hogerberoepsrechter tot het oordeel dat het vernietigingsverzoek ten onrechte is toegewezen, dan dient hij op grond van art. 7:683 lid 6 BW alsnog een tijdstip te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Blijkens de parlementaire geschiedenis mag deze einddatum niet in het verleden liggen.¹³

⁸ Oud recht volgens Ktr. Amsterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5388, JAR 2015/214. Nieuw recht volgens alle hierna genoemde, andere kantonrechters.

⁹ Zie Ktr. Den Haag 27 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10145, JAR 2015/231.

¹⁰ Ktr. Alkmaar 30 juli 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:6703; Ktr. Enschede 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3898; Ktr. Zaanstad 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7582; Ktr. Den Haag 27 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10145; Ktr. Nijmegen 1 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5632; Ktr. Assen 15 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4342; Ktr. Alkmaar 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9114; Ktr. Alkmaar 27 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9756; Ktr. Alkmaar 17 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11458 en Ktr. Groningen 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864. Vgl. D.N.C. Dooleage & J.P. Quist, 'De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?', TAP 2016/3.

¹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1116. Vgl. ook Hof Amsterdam 29 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1190.

¹² Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *Academie voor Arbeidsrecht* april 2015 en D.N.C. Dooleage & J.P. Quist, 'De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?', TAP 2016/3.

¹³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 120. Is de arbeidsovereenkomst reeds ontbonden, dan hoeft het hof niet nogmaals een einddatum te bepalen. Dit ging mis in de uitspraak van het Hof Den Haag 23 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:435. Het hof vernietigde – met uitzondering van de vernietiging van de opzegging – de beschikking, waarmee eveneens de uitgesproken ontbinding van de arbeidsovereenkomst kwam te vervallen. Daarmee werd echter het grievensstelsel uit het oog verloren – tegen de ontbindingsbeslissing was geen grief gericht – zodat de hoger beroepsrechter van die ontbindingsbeschikking had moeten uitgaan en de uitspraak op dat punt in stand had moeten laten – nog afgezien van het feit dat art. 7:683 lid 3 BW het vernietigen van een ontbindingsbeschikking niet toestaat.

De voorgaande situatie is tot nu toe in een achttal uitspraken aan de orde geweest.¹⁴ Opvallend is dat in vier gevallen het ontbindingsverzoek werd toegewezen, hoewel het ontslag op staande voet geen stand hield. Tweemaal werd ontbonden wegens een verstoorde arbeidsverhouding (de g-grond)¹⁵ en tweemaal wegens verwijtbaar handelen (de e-grond).¹⁶ In de twee gevallen waarin ontbonden werd op de g-grond was in het ene geval het verwijtbare handelen van de werknemer niet komen vast te staan, maar bleek ter zitting wel dat de arbeidsverhouding van partijen verstoord was.¹⁷ In het andere geval stond vast dat de werknemer in strijd met zijn verplichtingen had gehandeld – hetgeen echter niet dusdanig ernstig was dat het een dringende reden opleverde voor ontslag op staande voet – en was daardoor de arbeidsverhouding ernstig verstoord geraakt.¹⁸ In de gevallen waarin ontbonden werd wegens verwijtbaar handelen (e-grond) stond het laakbare gedrag van de werknemer op zichzelf vast, maar was het ontslag op staande voet een te zwaar middel gelet op het onberispelijke arbeidsverleden van de werknemer en de gevolgen die het ontslag op staande voet voor de werknemer had,¹⁹ of kleeft er een formeel gebrek aan het ontslag op staande voet – de onverwijldheidseis was niet in acht genomen.²⁰

Het voordeel voor de werkgever van het indienen van voorwaardelijk verzoek tot (onvoorwaardelijke) ontbinding is gelegen in de tijdswinst ten opzichte van de situatie waarin hij eerst na de vernietiging van de opzegging de ontbindingsrechter benadert.

4.1.2 De rechter wijst het verzoek tot vernietiging van de opzegging af

De tweede variant van gelijktijdige afdoening betreft de situatie waarin de rechter het verzoek tot vernietiging van de opzegging afwijst. In dat geval hangt het lot van de voorwaardelijke ontbinding af van de formulering van de voorwaarde en de vraag of een voorwaardelijke ontbinding ook kan zien op de onzekerheid die bestaat over het einde van de arbeidsrelatie doordat de werkgever in een eventueel hoger beroep tegen de afwijzing van de vernietiging tot herstel van de arbeidsovereenkomst veroordeeld kan worden (art. 7:683 lid 3 BW).²¹

Wordt ontbinding gevraagd voor het geval de opzegging wordt vernietigd, dan kan het verzoek in de hier bedoelde situatie bij gebrek aan belang niet-ontvankelijk worden verklaard.²² Met de afwijzing van het vernietigingsverzoek is immers vast komen te staan dat de arbeidsovereenkomst reeds is geëindigd door de opzegging. In hoger beroep kan daarin geen verandering worden gebracht. Ook als de hogerberoepsrechter tot de conclusie komt dat de kantonrechter de vernietiging ten onrechte heeft afgewezen, kan hij de werkgever slechts tot herstel van de arbeidsovereenkomst of het betalen van een billijke vergoeding veroordelen (art. 7:683 lid 3 BW). Is een voorwaardelijk verzoek gedaan tot (onvoorwaardelijke) ontbinding, dan hoeft niet op het verzoek beslist te worden, omdat niet aan de voorwaarde is voldaan.²³

Diverse kantonrechters blijken echter bereid een ongelukkig geformuleerd ontbindingsverzoek niet al te strikt op te vatten. Zo werd in situaties waarin door de werkgever een ontbindingsverzoek werd gedaan 'voor zover de arbeidsovereenkomst nog bestaat', 'voor zover het ontslag op staande voet wordt vernietigd' en 'voor zover komt vast te staan dat de arbeidsovereenkomst niet door het ontslag op staande voet is geëindigd', ondanks de afwijzing van het door de werknemer ingediende vernietigingsverzoek, toch inhoudelijk op het ontbindingsverzoek beslist.²⁴ De kantonrechters lazten de voorwaarde kennelijk zo dat deze mede zag op een eventuele herstelveroordeling in hoger beroep. Dit is onzes inziens in ieder geval voor de formulering 'voor zover het ontslag op staande voet wordt vernietigd' nauwelijks verdedigbaar.²⁵

Wil de werkgever een beslissing over de ontbinding uitlokken voor het geval de opzegging in eerste aanleg niet wordt vernietigd, dan verdient het aanbeveling om in de formulering van de voorwaarde expliciet tot uitdrukking te laten komen dat de ontbinding ook ziet op een eventuele herstelveroordeling in hoger beroep.²⁶

Ook als het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding op de juiste wijze is geformuleerd, is daarmee niet gezegd dat de voorwaardelijke ontbinding kan worden toegewezen. Uiteraard is dit in de eerste plaats afhankelijk van de vraag of er een redelijke grond bestaat voor de ontbinding. Daarnaast is het de vraag of er wel ruimte is voor een voorwaardelijke ontbinding met het oog op de onzekerheid van een eventu-

14 Ktr. Rotterdam 2 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7744; Ktr. Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7802; Ktr. Amsterdam 13 november 2015; ECLI:NL:RBAMS:2015:8027; Ktr. Almere 1 februari 2016, ECLI:NL:RBAMNE:2016:715; Ktr. Groningen 9 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:455; Ktr. Groningen 9 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:458; Ktr. Tilburg 22 februari 2016, ECLI:NO:RBZWB:2016:1067 en Ktr. Rotterdam 4 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2487. Zie ten aanzien van een vernietigde opzegging wegens een nietig proeftijdbeding: Ktr. 's-Hertogenbosch 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.

15 Ktr. Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7802 en Ktr. Tilburg 22 februari 2016, ECLI:NO:RBZWB:2016:1067.

16 Ktr. Rotterdam 2 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7744 en Ktr. Amsterdam 13 november 2015; ECLI:NL:RBAMS:2015:8027.

17 Ktr. Tilburg 22 februari 2016, ECLI:NO:RBZWB:2016:1067.

18 Ktr. Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7802.

19 Ktr. Rotterdam 2 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7744.

20 Ktr. Amsterdam 13 november 2015; ECLI:NL:RBAMS:2015:8027.

21 Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *Academie voor Arbeidsrecht* april 2015.

22 Ktr. Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8025; Ktr. Zutphen 12 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7645; Ktr. Dordrecht 1 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:969; Ktr. Maastricht 21 januari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1790; Ktr. Haarlem 21 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2079 en Ktr. Rotterdam 29 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3327. Bevestigd door Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3215.

23 Ktr. Eindhoven 13 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:140 en Ktr. Leeuwarden 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:716.

24 Ktr. Amsterdam 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8339, JAR 2015/284; Ktr. Apeldoorn 8 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8235, JAR 2016/3; Ktr. Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14811 en Ktr. Rotterdam 22 december 2015, AR 2016/0050.

25 Vgl. Ktr. Apeldoorn 8 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8235, JAR 2016/3.

26 Vgl. Ktr. Zutphen 12 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7645.

ele herstelveroordeling in hoger beroep. In de tot nu toe verschenen jurisprudentie zien we verschillende stromingen. Vooral in de eerste uitspraken met betrekking tot de hier bedoelde situatie werd zonder veel omhaal aangenomen dat ook ruimte is voor een voorwaardelijke ontbinding als het vernietigingsverzoek wordt afgewezen. De kantonrechters overwogen dat hun uitspraak tot afwijzing van het vernietigingsverzoek door de werknemer niet onherroepelijk is en derhalve niet kan worden uitgesloten dat de werkgever een te respecteren belang heeft bij de verzochte voorwaardelijke ontbinding.²⁷

Daartegenover staan kantonrechters die concluderen dat een voorwaardelijke ontbinding met het oog op een eventuele herstelveroordeling in hoger beroep niet tot de mogelijkheden behoort. De motivering verschilt. Een aantal van deze kantonrechters is van oordeel dat de werkgever onvolgende belang heeft bij een voorwaardelijke ontbinding na afwijzing van het vernietigingsverzoek door de werknemer. Daartoe wordt overwogen dat indien de hogerberoepsrechter tot het oordeel komt dat het ontslag op staande voet toch onterecht is gegeven, deze niet alleen de mogelijkheid heeft de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst te veroordelen, maar ook – zo nodig ambtshalve – kan kiezen voor het toekennen van een billijke vergoeding. De hogerberoepsrechter kan in de argumenten die de werkgever heeft aangevoerd ter onderbouwing van zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding, aanleiding vinden om, hoewel het ontslag op staande voet onterecht is gegeven, de werkgever niet tot herstel van de arbeidsovereenkomst te veroordelen, maar de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Het is daarom niet nodig om op die beslissing vooruit te lopen door het geven van een voorwaardelijke ontbindingsbeschikking. Dat zou het nieuwe systeem van het ontslagrecht, dat juist op vereenvoudiging en dejuridisering is gericht, nodeloos ingewikkeld en kostbaar maken.²⁸ Andere kantonrechters hanteren als belangrijkste argument dat een voorwaardelijke ontbinding na een afwijzing van de vernietiging van de opzegging niet in het systeem past. Een dergelijke voorwaardelijke ontbinding, uitsluitend voor het geval dat het eigen oordeel alsnog onjuist blijkt te zijn, zou het instellen van een rechtsmiddel illusoir maken. De onjuistheid van het eigen oordeel zou daarmee op voorhand worden geneutraliseerd.²⁹ De Kantonrechter Leeuwarden combineert alle voorgaande argumenten en voegt daar bovendien aan toe dat de situatie onder het oude

ontslagrecht waarmee met een voorwaardelijke ontbinding een eind kon worden gemaakt aan een lange periode van onzekerheid over de vraag of de arbeidsovereenkomst wel of niet was geëindigd niet meer opgaat onder de Wwz, nu ook de ontbindingsbeslissing appellabel is. Voorts haalt de kantonrechter aan dat herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep formeel niet tot herleving van de oude arbeidsovereenkomst leidt, maar tot een nieuwe arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden.³⁰ Dit lijkt ook het belangrijkste argument te zijn van het Hof Arnhem-Leeuwarden om een voorwaardelijke ontbinding met het oog op een eventuele herstelveroordeling in hoger beroep niet mogelijk te achten.³¹ De kantonrechter had in eerste aanleg de arbeidsovereenkomst ontbonden “voor het geval dat ingevolge enige andere rechterlijke beslissing of op andere wijze zal komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen thans nog bestaat”. Volgens het hof heeft de kantonrechter daarmee miskend dat een veroordeling tot herstel op grond van art. 7:683 lid 3 BW voor de werkgever de verplichting oplegt om een nieuwe arbeidsovereenkomst onder dezelfde arbeidsvoorwaarden aan te bieden. Ontbinding op voorhand van een als gevolg van een eventuele veroordeling tot herstel te sluiten nieuwe arbeidsovereenkomst kan volgens het hof niet aan de orde zijn. Het hof vernietigt dat onderdeel van de beschikking in eerste aanleg, omdat de kantonrechter daarbij buiten de grenzen is getreden van haar bevoegdheid om een arbeidsovereenkomst te ontbinden.

Ten slotte is er een groep kantonrechters die zich niet duidelijk vóór of tegen uitsprekt. Geoordeeld wordt dat, nu er nog geen duidelijke stand van zaken is met betrekking tot de mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding met het oog op een eventuele herstelveroordeling in hoger beroep, niet uitgesloten kan worden dat de werkgever enig belang heeft bij een dergelijk verzoek. Daartoe wordt enerzijds aangehaald dat de gedachte opgeld doet dat een inhoudelijk andersluidende beoordeling van het geschil zich in hoger beroep zal gaan vertalen van een billijke vergoeding, zodat het ontslag in stand zal blijven en de voorwaardelijke ontbinding geen toegevoegde waarde heeft. Anderzijds wordt erop gewezen dat dit geen wetmatigheid is en de mogelijkheid blijft bestaan dat de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. Verder halen deze kantonrechters aan dat bij herstel bovendien de vraag is of dit moet worden gezien als een voortzetting van de oude of als het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst.³²

Zoals wij in een eerdere publicatie reeds betoogden, gaat onze voorkeur ernaar uit de voorwaardelijke ontbinding met het oog op een eventuele veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep niet te accepteren, vanwege de daaraan verbonden complicaties en het feit dat

27 Ktr. Rotterdam 28 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6923; Ktr. Amsterdam 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8339, JAR 2015/284; Ktr. Zutphen 12 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7645, JAR 2016/4 en Ktr. Tilburg 21 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2119. Vgl. D.N.C. Dooleage & J.P. Quist, ‘De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?’, TAP 2016/3.

28 Ktr. Apeldoorn 8 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8235, JAR 2016/3; Ktr. Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8025, JAR 2015/301 en Ktr. Amsterdam 15 februari 2016, AR 2016/0185. Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, ‘Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht’, *Academie voor Arbeidsrecht* april 2015 en D.N.C. Dooleage & J.P. Quist, ‘De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?’, TAP 2016/3.

29 Ktr. Roermond 7 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10158 en Ktr. Maas-tricht 21 januari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1790.

30 Ktr. Leeuwarden 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:716.

31 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3215.

32 Ktr. Rotterdam 1 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:969; Ktr. Rotterdam 22 december 2015, AR 2016/0050; Ktr. Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14811 en Ktr. Rotterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2737.

in hoger beroep al tegemoet kan worden gekomen aan de belangen van de werkgever door niet tot herstel maar tot een billijke vergoeding te veroordelen. De omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst bij het achterwege laten van de gebrekkige beëindiging later op andere gronden rechtsgeldig had kunnen worden beëindigd, kan voor het hof reden zijn de billijke vergoeding op een lager bedrag vast te stellen.³³

De door sommige rechters gehanteerde motivering dat een dergelijke voorwaardelijke ontbinding niet in het systeem past omdat daarmee de onjuistheid van het eigen oordeel op voorhand geneutraliseerd wordt, vinden wij weinig overtuigend. Ook onder het oude ontslagrecht werd met een voorwaardelijke ontbinding het uiteindelijke eindoordeel over het ontslag op staande voet op voorhand geneutraliseerd. Dit is en was juist het doel van de voorwaardelijke ontbinding. Het enige verschil is dat in het nieuwe ontslagrecht het vernietigingsverzoek en het tegenverzoek tot voorwaardelijke ontbinding in dezelfde procedure kunnen worden behandeld door dezelfde rechter.

4.2 Niet-gelijktijdige afdoening

Het is ook mogelijk dat de rechter het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding eerder afdoet dan het vernietigingsverzoek van de werknemer. Ook deze situatie is een aantal keren in de gepubliceerde jurisprudentie aan de orde geweest. Zo achtte de Kantonrechter Alkmaar nadere bewijsoverlevering noodzakelijk ter beoordeling van het verzoek tot vernietiging van de opzegging, terwijl de aangevoerde grond voor de voorwaardelijke ontbinding zonder nadere bewijsvoering kon worden beoordeeld.³⁴

In de situatie waarin het vernietigingsverzoek en het tegenverzoek niet gelijktijdig worden afgedaan, is het op dit moment vaste rechtspraak dat ook onder het nieuwe ontslagrecht de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij een voorwaardelijke ontbinding met het oog op een eventuele vernietiging van de opzegging. De omstandigheid dat tegen de ontbindingsbeschikking op grond van art. 7:671b BW, anders dan tegen de beschikking op grond van het oude art. 7:685 BW, hoger beroep en cassatie mogelijk is, maakt dat niet anders.³⁵ Wat echter opvalt is dat sommige rechters het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding opvatten als een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding waarop pas beslist mag worden als aan de voorwaarde is

voldaan. Zij redeneren vervolgens dat nu van een vernietiging van de opzegging nog geen sprake is, de voorwaarde waaronder de werkgever zijn verzoek heeft ingediend (nog) niet is vervuld, zodat het ontbindingsverzoek moet worden aangehouden totdat op het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging wordt beslist.³⁶ Wellicht zien deze rechters een probleem in het feit dat de vernietiging van de opzegging in het nieuwe ontslagrecht slechts kan geschieden door een rechterlijke uitspraak. Op het moment van beoordeling van het ontbindingsverzoek bestaat formeel gezien de arbeidsovereenkomst niet meer, zodat deze ook niet kan worden ontbonden. Daar staat tegenover dat de uiteindelijke vernietiging door de rechter wel – net als onder het oude recht – terugwerkende kracht heeft. De arbeidsovereenkomst wordt in dat geval nooit door de opzegging geacht beëindigd te zijn geweest. Bovendien lijkt deze situatie erg op die onder het oude recht op een moment waarop de werknemer nog geen beroep had gedaan op een vernietigingsgrond, maar de termijn waarbinnen hij dat kon doen nog niet was verstreken. De opzegging had dan voorts nog het beoogde rechtsgevolg van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar een terecht beroep op de vernietigingsgrond van de werknemer kon alsnog de rechtsgeldigheid van de opzegging met terugwerkende kracht aantasten. In het algemeen werd aangenomen dat ook in die situatie voorwaardelijke ontbinding kon worden verzocht.³⁷ Volgens ons verliezen deze rechters ten onrechte uit het oog dat het verzoek wordt gedaan de ontbinding uit te spreken met het oog op een toekomstige onzekere gebeurtenis.

Andere kantonrechters zien – onzes inziens terecht – op zichzelf geen probleem in het voorwaardelijk ontbinden van de arbeidsovereenkomst terwijl nog niet op het vernietigingsverzoek is beslist.³⁸ Dit uitgangspunt is bevestigd door het Hof 's-Hertogenbosch.³⁹ Volgens het hof betekent het aanvaarden van de mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding weliswaar een extra procedure, maar acht dat van minder gewicht dan het belang van een werkgever om de onzekerheid over de vraag of het ontslag op staande voet al dan niet stand houdt te kunnen beperken door middel van een voorwaardelijke ontbinding. Een andere beslissing zou ertoe kunnen leiden dat een werkgever het niet meer aandurft om een werknemer op staande voet te ontslaan. Dat is onwenselijk volgens het hof. Het hof benadrukt wel dat haar oordeel alleen ziet op de situatie waarin de kantonrechter nog geen definitief oordeel heeft gegeven over het verzoek tot vernietiging van de opzegging. Bij het voorgaande moet wel de kanttekening worden geplaatst dat het

33 Zie W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *Academie voor Arbeidsrecht* april 2015.

34 Ktr. Alkmaar 17 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11458. Vgl. Ktr. Groningen 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864 en Ktr. Enschede 26 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1507, die het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding op grond van art. 7:686a lid 10 BW afsplitsten van het verzoek tot vernietiging van de opzegging. Overigens is het de vraag of art. 7:686a lid 10 BW voor die situatie bedoeld is. Gezien de tekst van deze bepaling kunnen namelijk alleen eventuele nevenvorderingen van een ontslagverzoek worden afgesplitst.

35 Ktr. Alkmaar 15 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11452; Ktr. Alkmaar 17 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11458; Ktr. Alkmaar 8 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:66; Ktr. Amersfoort 10 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:553 en Ktr. Groningen 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864. Bevestigd door Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1717.

36 Ktr. Alkmaar 15 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11452; Ktr. Alkmaar 8 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:66; Ktr. Amersfoort 10 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:553.

37 Hof Amsterdam 10 juni 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AQ675, *JAR* 2004/183; C.G.M. Fruytier, 'De voorwaardelijke ontbinding', *AR* 2004/52; W.H.A.C.M. Bouwens, 'De voorwaardelijke ontbinding', *SR* 2004/5, p. 181. Anders: Ktr. Apeldoorn 6 oktober 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AN7056, *JAR* 2003/246; E. Verhulst, 'Na de voorwaardelijke ontbinding ...', *AR* 2003/6. Zie W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *Academie voor Arbeidsrecht* april 2015.

38 Ktr. Alkmaar 17 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11458; Ktr. Groningen 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864.

39 Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1717.

verzoek tot voorwaardelijke ontbinding in de hier bedoelde zaken steeds werd toegewezen op basis van andere feiten dan die ten grondslag werden gelegd aan het ontslag op staande voet. Gaat het om dezelfde feiten, en is daarvoor nadere bewijsoverlevering opgedragen in de vernietigingsprocedure, dan ziet de rechter daarin vaak aanleiding te concluderen dat het verzoek (vooralsnog) niet op basis van die feiten kan worden toegewezen.⁴⁰

5. Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

Gelet op de verschillende benaderingen en antwoorden in de rechtspraak en de literatuur van de vraag naar de (on)mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding in het nieuwe ontslagrecht heeft de Kantonrechter Enschede in zijn beschikking van 20 mei 2016 ambtshalve prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad op de voet van art. 392 Rv.⁴¹ De bezwaren die de werkgever heeft gemaakt tegen het voorstellen van de kantonrechter tot het stellen van prejudiciële vragen zoals uitgesproken bij tussenbeschikking van 26 april 2016,⁴² zijn voor de kantonrechter geen reden om van het stellen van de vragen af te zien.

De kantonrechter wenst allereerst een antwoord op de vraag of de werkgever in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding kan worden ontvangen, of, indien deze vraag niet in zijn algemeenheid kan worden beantwoord, meer specifiek of de werkgever in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding kan worden ontvangen indien de werknemer een verzoek tot vernietiging van de opzegging (ontslag op staande voet) heeft ingediend, en:

- a. op dat verzoek nog niet is beslist; of
- b. op dat verzoek en het voorwaardelijke ontbindingsverzoek op dezelfde dag (eind)beschikking wordt gewezen en waarbij het verzoek tot vernietiging van de opzegging wordt afgewezen.

Indien de werkgever ontvankelijk is in zijn verzoek, dan wenst de kantonrechter van de Hoge Raad te vernemen of de voorwaardelijke ontbinding – bij het bestaan van een redelijke grond als bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub c-h BW – kan worden toegewezen:

- a. als op een door de werknemer ingediend verzoek tot vernietiging van de opzegging (ontslag op staande voet) nog niet is beslist; en
- b. als op een door de werknemer ingediend verzoek tot vernietiging van de opzegging (ontslag op staande voet) en op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek op dezelfde dag beschikking wordt gewezen, waarbij het verzoek tot vernietiging van de opzegging wordt afgewezen.

Verder vraagt de kantonrechter of bij de beantwoording van het voorgaande onderscheid moet worden gemaakt naargelang de formulering van de voorwaarde, te weten:

- a. de voorwaarde 'dat de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld'; en
- b. de voorwaarde 'indien en voor zover het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging (het ontslag op staande voet) wordt afgewezen'.

Daarnaast wenst de kantonrechter een antwoord op de vraag of bij de hierboven weergegeven vragen onderscheid moet worden gemaakt naar de grondslag van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek, te weten:

- a. de situatie waarbij aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd als die aan de opzegging (het ontslag op staande voet); en
- b. de situatie dat aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek andere feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd die niet (direct) in relatie staan tot de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot de opzegging (het ontslag op staande voet).

Ten slotte vraagt de kantonrechter aan de Hoge Raad of indien voorwaardelijke ontbinding in één of meerdere van de hiervoor genoemde situaties mogelijk is, het bewijsrecht dan daarop ten volle van toepassing is.

6. Conclusie en aanbevelingen

Onder het nieuwe recht zijn verschillende varianten van de voorwaardelijke ontbinding en het verzoek daartoe te onderscheiden. Allereerst kan gelijktijdig op zowel het verzoek tot vernietiging als op het verzoek tot ontbinding worden beslist. Wordt de vernietiging toegewezen, dan kan de arbeidsovereenkomst alleen *onvoorwaardelijk* ontbonden worden. Voor die situatie moet derhalve een voorwaardelijk verzoek worden gedaan tot (onvoorwaardelijke) ontbinding. Is een dergelijk verzoek gedaan en wordt de vernietiging afgewezen, dan hoeft niet op het verzoek beslist te worden wegens gebrek aan belang. Voor dat geval kan wel een verzoek gedaan worden tot voorwaardelijke ontbinding met het oog op een eventuele herstelveroordeling in hoger beroep. Of een dergelijke ontbinding mogelijk moet worden geacht, is nog geen uitgemaakte zaak.

Bij een voorwaardelijk geformuleerd verzoek tot ontbinding hoeft de rechter dat verzoek niet eerder af te doen dan het vernietigingsverzoek. Het verzoek is in dat geval immers afhankelijk gesteld van de constitutieve uitspraak over de vernietiging van de opzegging. Op het verzoek hoeft pas beslist te worden als een beslissing is genomen over de eventuele vernietiging van de opzegging. Dat ligt anders indien een (onvoorwaardelijk) verzoek tot voorwaardelijke ontbinding is gedaan. De arbeidsovereenkomst kan in dat geval reeds voor een beslissing in de vernietigingsprocedure voorwaardelijk worden ontbonden, mits daarvoor een redelijke grond bestaat.

⁴⁰ Ktr. Groningen 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864 en Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1717. Het voorgaande speelde ook in de zaken waarin de kantonrechter het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding opvatte als een voorwaardelijk verzoek. Zie Ktr. Alkmaar 15 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11452; Ktr. Alkmaar 8 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:66 en Ktr. Amersfoort 10 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:553.

⁴¹ Ktr. Enschede 20 mei 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1762.

⁴² Ktr. Enschede 26 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1507.

Het is op dit moment vaste rechtspraak dat ook onder het nieuwe ontslagrecht de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij een voorwaardelijke ontbinding met het oog op een eventuele vernietiging van de opzegging. De omstandigheid dat tegen de ontbindingsbeschikking op grond van art. 7:671b BW, anders dan tegen de beschikking op grond van het oude art. 7:685 BW, hoger beroep en cassatie mogelijk is, maakt dat niet anders. Daarbij moet worden opgemerkt dat het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding alleen voor toewijzing in aanmerking komt als het ontbindingsverzoek niet steunt op dezelfde feiten als die voor de opzegging zijn aangedragen ten aanzien waarvan nadere bewijslevering is opgedragen.

Verder laat de jurisprudentie zien dat het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding door sommige kantonrechters wordt opgevat als een voorwaardelijk verzoek, terwijl dat waarschijnlijk niet zo bedoeld is door de werkgever.

Gelet op de verschillende varianten en het feit dat de werkgever vooraf niet weet of het vernietigingsverzoek en het ontbindingsverzoek gelijktijdig zullen worden afgedaan, verdient het aanbeveling in het verzoek rekening te houden met diverse mogelijkheden, ook om bij de kantonrechter over de bedoeling van de werkgever geen misverstand te laten bestaan. Wij zouden willen suggereren het verzoek – zolang onduidelijkheid bestaat over de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding met het oog op een mogelijk herstel in hoger beroep – als volgt te formuleren.

De werkgever verzoekt de kantonrechter:

Primair:

- a. reeds voordat uitspraak wordt gedaan op het vernietigingsverzoek, de arbeidsovereenkomst te ontbinden voor het geval de opzegging later wordt vernietigd of in hoger beroep tot herstel van de arbeidsovereenkomst wordt veroordeeld; ('een (onvoorwaardelijk) verzoek tot voorwaardelijke ontbinding')

Subsidiair:

- a. voor het geval het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging wordt afgewezen, de arbeidsovereenkomst te ontbinden voor het geval in hoger beroep of na cassatie tot herstel van de arbeidsovereenkomst wordt veroordeeld, ('een voorwaardelijk verzoek tot voorwaardelijke ontbinding') of;
- b. voor het geval het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging wordt toegewezen, de arbeidsovereenkomst te ontbinden ('een voorwaardelijk verzoek tot (onvoorwaardelijke) ontbinding').